巻頭論文

インセンティヴとしての著作権
―単なる空想の産物か？

Diane Leenheer ZIMMERMAN[*]
澤田　悠紀（訳）

本稿の目的をまず明確にしておこう。本稿は、創作が行われる過程を研究するものであり、創作の本質について、あるいは、それが如何に定義されるべきかについて考究するものではない。ましてや、社会における個々の成員の間で創作的・革新的な活動が活性化していくために必要とされる基礎的な社会構造について研究するものでもない。[1] かかる課題はJulie Cohen[2]やMargaret Chon[3]など、他の研究者によって既に立派に探求されている。本稿は、それらとは別に、恵まれた環境や生まれもった能力により（この言葉をどう定義するにしても）創作的であるべく運命付けられてい

---

[*] Samuel Tilden Professor of Law Emerita, New York University School of Law. 初期草稿の段階で寄せられたRebecca Tushnet, Katherine Strandburg, Barton Beebeなどの同僚の有益な助言、また本稿が最初に発表されたTel Aviv conference, Copyright Culture, Copyright Historyの出席者による評言に深く感謝する。とりわけ、Anupam Chanderの見識に満ちた論評を有り難く思う。また、ニューヨーク大学2011年卒業のWilliam Frankの行き届いた助力に特に謝意を表したい。

[1] 創作性の非経済的な構成要素に関する興味深い議論について see generally Roberta Rosenthal Kwall, *Inspiration and Innovation: The Intrinsic Dimension of the Artistic Soul*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1945 (2006); ROBERTA ROSENTHAL KWALL, THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES (2009).

[2] Julie E. Cohen, *Creativity and Culture in Copyright Theory*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1151 (2007).

[3] Margaret Chon, *Intellectual Property "from Below": Copyright and Capability for Education*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 803, 813 (2007).

る人びとの鼻先に、金銭的あるいはその他の経済的な「ニンジン」をぶら下げることによって、彼らの潜在能力を現実化させるシステムこそが著作権の法体系なのだ、とする考えについて検討するものである。

著作権というシステムの存在理由については、今日、これを「新しい作品の創作のために必要なインセンティヴだから」と説明するのが、少なくともアメリカ合衆国においては一般的である。確かに知的財産法は、公共財の問題を克服するためには有効である。すなわち、知的な財を創作したり伝えたりする人びとの保護に資するものである。かかる財は消却されず、また容易に手に入ってしまうものであるがゆえに、法の保護によらなければ、彼らは作品を創作しそれを公衆に伝えるために必要な固定費や変動費を回収することができないからである。いわんや、適正な利潤を得るなど望むべくもない。そこで、著作物をライセンスしたり販売したりするための独占的権利を一定期間認めることにより、公共財の市場を形成することが可能になるのである。かかる純粋に商業的な意味において、知的財産は明らかにインセンティヴとして作用しているといえよう。

しかしながら、アメリカ合衆国における、知的財産をインセンティヴの体系として位置付ける解釈は、さらにその先へまで踏み込んでしまっている。つまり、知的財産法は、単に市場形成を支えるものとしてのみならず、創作活動そのものが生起するために重要あるいは必要な前提条件として、広く受け入れられているのである。換言すれば、知的財産法制度がなければ、潜在的な作者や発明家にとっては、創作を行うための適切なインセンティヴも、その創作物によって他者が恩恵を受けられるようにこれを伝えるためのインセンティヴも、存在しないと考えるのである。

合衆国憲法の起草者がインセンティヴの体系としての著作権の機能というものをどのように概念化したかは記録に残されていないが、当初より、金銭が中心的役割を果たすものと構想されていたことは確実なようである。少なくとも、著作権（および特許権）は、著作物あるいは発明から生じる収入を、一定期間において法的な権利者にもたらすためのシステムであった。保護期間が28年を超えない時代にあっては、著作権を単に公共財のディレンマに対する解決として理解することは、とりわけ妥当であった

といえよう。[4]

知的財産の創作者に一定の独占権を「報奨として付与」するという考え方は、インセンティヴというテーマについて検討し直すために、僅かながらも重要な機会をもたらした。ここで注目されるのは、正式な知的財産権によって確立された保護が、新古典派ミクロ経済学者がよく用いるような表現によって説明され、再正当化されることである。すなわち（ここでは著作権はおおまかに「財産」と位置付けられる）、著作者や発明者は合理的に最大の利潤を追求する者とされ、彼らが創作的事業に努力や時間や資源を投資しようとする意欲は、そこから生ずると期待されるリターンの額に直接比例するというのである。[5]

インセンティヴとしての知的財産という概念が経済学者による見解によって微妙に変化するにつれて、その結果であるにせよ単なる偶然の一致であるにせよ、著作権の保護期間もまた変動を始めた。1909年から1978年まで、出版については更新可能な28年の保護期間が定められていた。[6] 20世紀の最後の四半世紀までには、固定の時から著作者の死後50年の保護期

---

[4] 当時の著作権法においては14年の権利が認められ、その権利の更新時に作者が存命であれば、さらに第２期目の14年が認められる可能性があった。Copyright Act of 1790 § 1, 1 Cong. Ch. 15, 1 Stat. 124 (1790).

[5] *See, e.g.*, Stanley M. Besen & Leo J. Raskind, *An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property*, J. ECON. PERSPECTIVES, Winter 1991, at 3, 5（制作者は適当なリターンが得られる場合にのみ革新的なものを作る）. Landes と Posner によれば "[T]he more extensive copyright protection is, the greater the incentive to create intellectual property..." である。William M. Landes & Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 471, 474 (2003). Landes と Posner は "all valuable resources . . . should be owned," WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 213 (2003), とする一方で、著作権の保護期間というインセンティヴの価値については、ある一定の時期をすぎてしまえば、とるに足らないものになるとしている。*Id.* at 214. いったんその時期に達すれば、価値の高い著作物については著作権保護期間の無期限延長を支持するとし、その根拠として、経済的価値の "premature exhaustion" を避けるため、*Id.* at 223, および、所有者が著作物を宣伝し継続的に利用可能なものとすることを奨励するためである。*Id.* at 228-29.

[6] Copyright Act of 1909 § 23, Pub. L. No. 60-349, 35 Stat. 1075 (1909).

間となり[7]、その後、20世紀末頃には死後70年と定められた[8]。（特許の場合には、保護期間の延長は17年から20年へとはるかに目立たないものであったものの、新しい種子や作物を開発したり、希少な病気に対する特殊な医薬品を供給したりすることを奨励する、必ずしも特許権とはいえないような新しいスキームがいくつも加えられた。）[9]

利潤獲得の機会と制作のインセンティヴとの比例的な関係は、実証を必要としない理論的な問題であると広く一般的に考えられたため、新古典派経済学者の多くは、後世の創作者というのは先行する芸術の基盤の上に創作をしなければならないことや、独占価格により死重的損失が生ずることなど、これらを考慮しなければ、無期限の知的財産権が正当化されると主張してきた。[10] その結果、インセンティヴとしての著作権という理論的なアサンプションについては、それが実証的に正当化されうるか、あまり批判的に検証されてこなかった。[11] その代わりに焦点となってきたのは、今日の著作者に必要なインセンティヴと明日の著作者の利益との間に、また、今日の著作者のインセンティヴと創作物に自由にアクセスしたい公共の利益との間に、如何にして最善のバランスを打ち立てるかということであ

---

[7] 17 U.S.C. § 302 (1976) (amended 1998).

[8] 17 U.S.C. § 302 (2006).

[9] *See* Plant Variety Protection Act of 1970, 7 U.S.C. §§ 2321-2582 (2006); Orphan Drug Act § 527, Pub. L. No. 97-414, 96 Stat. 2049 (1983) (codified at 21 U.S.C. § 360cc).

[10] Nancy Gallini & Suzanne Scotchmer, *Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System?* in II INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY 51, 62 (Adam B. Jaffe, Joshua Lerner & Scott Stern, eds., 2002). 実際に、価値の高い著作権について、権利者が希望する場合には無期限の延長を認めるのも妥当と提案するに至った者もある。Landes & Posner, *supra* note 5 at 491。しかし、LandesとPosnerが無期限の著作権を正当化した根拠は、先の脚註に記したとおり、著作者へのインセンティヴとなるからではなく、当該作品の効果的な販売促進の方策となるからであった。*Id.* at 494-95.

[11] 最近現われた例外としてRaymond Shih Ray Ku, Jiayang Sun & Yiying Fan, *Does Copyright Law Promote Creativity? An Empirical Analysis of Copyright's Bounty*, 62 VAND. L. REV. 1669 (2009)があり、そこでは著作権法の保護期間延長が新しく創作される作品の数に実際の影響を及ぼすのかが問われている。ここでは、著作権登録数の変化が、保護期間延長の効果を評価する測定基準として採用されている。

った。[12] おそらく当然のことであろうが、ここで問題とされるアサンプションの上に打ち立てられたバランスというものは、一貫して独占的権利の期間を延長し、その範囲を拡大する方向にあった。

連邦最高裁は、エルドレッド対アッシュクロフト事件[13]において、著作権の保護期間を新作のみならず既存作品についても著作者の死後70年（著作権保護期間の20年の延長）へと改正することの妥当性を検討した。その際に裁判所は、議会がこれを採択することが正当化される事由として、保護期間の上方修正が著作者に対しより多くのインセンティヴを与えることを目的としている点を挙げた。かかる保護期間延長がなければ著作者は作品について「適正な補償」を受けられず、その結果、将来の創作活動に打ち込む意欲が減退するであろうというのが、証言に基づいて出された議会の結論である。この結論によれば、より良いインセンティヴのシステムを作るためには、著作者の生前だけでなく、その死後に続く数世代にわたり、恩恵をもたらしてくれるような法律が必要であった。[14] 裁判所の多数意見は「当裁判所は、『疑いの余地なく真実である』ところの『インセンティヴの価値についての命題』に対する一般的な考え方を示す証拠を信じたことをもって、議会を非難することはできない」とした。[15]

反対意見を表明したStevens判事にとっては、インセンティヴを論拠とする保護期間延長の正当化事由は説得的ではなかったが、それはエルドレッド事件に特殊な事実があったからのようである（当該事件はもっぱら既存の著作物に対する保護期間延長について議論するものであった）。[16]

---

[12] *See, e.g.*, Kenneth W. Dam, *Intellectual Property in an Age of Software and Biotechnology* 3-4 (John M. Olin Law & Econ. Working Paper No. 53, 1995)（インセンティヴの必要性と将来のイノベーターに要求されるものとの緊張関係について）; Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 997-98 (1997)（知的財産法とは、公衆や下流のイノベーターにコストを負担させるものであるがゆえに、知的財産法分野に属する各種の法は、そのコストとのバランスにおいて、新たな作品の創作と普及を奨励するものでなければ正当化されえない）.

[13] 537 U.S. 186 (2003).

[14] *Id.* at 207 n.15.

[15] *Id.*

[16] *Id.* at 227.

Breyer判事は、既存の著作物についてStevens判事に同意しつつ、さらにインセンティヴの議論が新規の著作物に適用されることについても反対した。彼は、著作権保護期間を20年延長することの現在的な価値はあまりに低く、著作権の対象となるような作品の創作を促進すべく作用させるのは難しいであろうということを証明しようとした。[17] そして、将来にわたり重要な価値を保持し続ける作品が存在することは認めるが、どの作品がそうなるのかを前もって予測することは誰にもできないと指摘した。見込みでは、この延長された20年間から合理的な創作者が期待できる追加収入は平均してほんの小銭程度にすぎず、そのようなものに基づいて行動を修正する気にはならないのではないかと考えられるのである。

ここでは、少なくともなにがしかの経済的報奨を約束することは、独創的な表現をすべくインセンティヴを与えるために重要である、という基本的前提に対して、多数意見も少数意見も反対することがなかった（この基本的前提は、Rebecca Tushnetが指摘するように、著作権というものが著作物からの収入を一銭も保証しない現実に対し、目をつぶっている）[18]。このように、インセンティヴの物語には、現在ほぼ普遍的な信頼が寄せられているのであるが、法の構造がイノベーションを支え奨励するのだというこの広く共有された考え方は、人類の行動についての部分的もしくは全体的に誤った思い込みに立脚している可能性が高い。もしそうであるならば、現在、著作権法が著作者・所有者の利益と利用者の利益との間に打ち立てているバランスについても、大幅な再調整が必要とされよう。

経済的報奨がイノベーションを継続していくための原動力であるという主張については、かねてからこれを疑うべき理由が存在する。一般にシェーカー教徒として知られる教団（United Society of Believers）について見てみよう。彼らの創作性はどちらかといえば表現というよりも特許になじむ種類のものであるが、参考になる例であろう。シェーカー教徒は、集団として極めて革新的な人びとであった。彼らの発明とされる品目の中には、金属のペン先、衣類の留め針、大いに改良された機械洗濯機、平らな箒、などがある。[19] 彼らの驚くべき革新性の例は、今でもマサチューセッツ州ハンコックのシェーカー教徒居住区域で見ることができる。丸い家畜小屋の二階に人が立って、素早く一人で階下の厩舎にいる52頭の乳牛の群れに餌をやることができるのだ。[20]

シェーカー教徒は、その非凡な創意工夫能力を刺激する要因のうち、商業的なものはほんの僅かにすぎない、という。実用的・精神的な動機のほうが主なのである。ある研究者によれば「労働と労働節約のためのイノベーションは、世界を救い地上を天国に変えるという聖なる決意を示すものである」。[21] また他の研究者によれば「宗教は彼らの日常の生活および仕事の本質的部分をなしている」。[22] 労働を節約するための道具の発明は、礼拝に多くの時間を割くことを可能にし、また、19世紀末にはシェーカー教徒が減少した（独身主義は教派の長期的存続とは両立しなかった）ので、保有農地の増加に対応するために必要でもあった。シェーカー教徒はものづくりと誠実さにおいて高い評価を確立したので、そのイノベーションや産品を「世界」に売り込むことに成功し、それによって生まれた利潤を共同体のために使うことができた。しかしながら、これら利潤を生み出す事業というのは、たとえ外部市場がなかったとしても、いずれにしても信徒が従事したであろう活動からたまたま生じた副産物にすぎない、とシェーカー教徒は考えているのである。

---

[17] *Id.* at 254-57.

[18] Rebecca Tushnet, *Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions*, 51 WM. & MARY L. REV. 513, 517-18 (2009). Rebecca Tushnet は、この論文の執筆中、創作のためのインセンティヴという物語について疑問を呈する論文を発表した。創作者たちの談話や、創作者たち自身による創作行為についての説明に焦点を絞り、報奨を得られるかもしれないという可能性が創作行為を促進する鍵であるとする説が、如何に弱い説得力しかもたないかを示した。その点において、ここに挙げた論文の論点を補足するものとなっている。ここに挙げた論文自体は、それとは対照的に、芸術家の収入についての研究と創作的行動を動機付けるものは何かということについての社会科学的研究とに着目して書かれたものである。

[19] EDWARD D. ANDREWS, THE COMMUNITY INDUSTRIES OF THE SHAKERS 40-44 (1932)（これら発明のリストアップをしている）.

[20] Matthew Cooper, *Relations of Modes of Production in Nineteenth Century America: The Shakers and Oneida*, ETHNOLOGY, January 1987, at 1, 5.

[21] *Id.*

[22] ANDREWS, *supra* note 19, at 37.

シェーカー教徒のような人びとは、動機付けについての我々の検証範囲外である、と考えるのは誤りであろう。経済学者Everett Hagenは、改革者はしばしば義務の感覚に突き動かされて創作するが、これは宗教的表現の一種である、と結論付けた。

「英国国教会反対派プロテスタントの特定の宗教的教義が特に強く革新的行動に結び付いているとする説は時代遅れではある。しかし、様々な社会における経済発展について観察している研究者の多くは、発展の初期段階における改革者の共通の特徴として、各々の宗教的信条が何であろうと本質的に宗教的と呼ぶのが適切であるような何らかの共通の価値体系を有していることに注目する。改革者は世界を改革しなければという個人的責任を感じており、それは利潤追求の動機をはるかに超越しているのである。」[23]

同様に、Roberta Kwall教授はこの問題に関して、創作というものは精神的あるいはより直截にいえば宗教的な構成要素を内包していることが多い、と最近指摘している。[24]

オープンソース現象の出現によって、知的財産に興味をもつ著作権研究者や経済学者は、経済的インセンティヴの重要性について、自らの考え方が不適切である可能性に初めて直面させられた。プログラマーは何百人という単位で複雑なソフトウェアの開発や改良やバグ除去に参加するが、一般的にはその仕事からの報酬は期待せず、また、その貢献につき所有権を主張する意思をもたない。多くの人びとがその複雑な情報製品のピア・プロダクションに参加しているが、すべて商業取引の枠外における参加であった。[25] 数多くのボランティアによってなされるウィキペディアへの書き込みには、無料かつ無制限で公衆に提供される創作物に無報酬で時間を割く著作者の一例を見ることができる。その他、何千人という作家や芸術家が、ファンによる二次創作としての小説やビデオの制作に時間を費やしているが、彼らは必ずしも誰かがそれを買ってくれることを期待しているわけではなく、場合によっては売りに出したくないとさえ思っていたりする。膨大な数に及ぶハリーポッターの二次創作の創作者たちは、ただそれを書く喜びと、それを他のファンと無償で分かち合う可能性によってのみ、動機付けられているように見受けられる。[26]

このような行動は、他にも先例が少なくないうえ、必ずしもインターネットに固有のものであるともいえない。どこかで既に言及したことであるが、詩人は昔から市場での経済的成功などほとんど望めなかったにもかかわらず、詩作という行為そのものは現在もまだ続いている。[27] これに関連する例を挙げるならば、19世紀にはそれまで非常に人気があった詩歌[28]への愛好は凋落し、詩人は作品を出版する費用を自分自身で負担しなければならなくなるに至った。[29] 市場の喪失と出版の資金負担は、詩を書くために多くの時間を割く余裕のある人の数を減少させたのは確かである。その結果、文学者Lee Ericksonによれば、19世紀の後半3分の2において、詩作は「紳士階級の余技」となった。余技に没頭できたのは、おそらくRobert Browningのように別な収入源がある人びとか、William Wordsworthのように幸運にも広い信奉者を獲得した例外的な作家たちくらいのものだった

[23] EVERETT E. HAGEN, ON THE THEORY OF SOCIAL CHANGE: HOW ECONOMIC GROWTH BEGINS 93 (1962).

[24] Kwall, *supra* note 1, at 1951-62.

[25] *See generally* Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. 369 (2002).

[26] Tushnet, *supra* note 18; Rebecca Tushnet, *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*, 17 LOY. L.A. ENT. L.J. 651, 657-58 (1997).

[27] Diane Leenheer Zimmerman, *Authorship Without Ownership: Reconsidering Incentives in a Digital Age*, 52 DEPAUL L. REV. 1121, 1136-37 (2003).

[28] *Id.*

[29] その当時から状況が少しでも改善したのか、疑問に思う。Academy of American Poetsによれば「自分の作品からあがる収益に完全に頼って生活している詩人はほとんどいない。専門誌への掲載はしばしば無償であり、せいぜい寄稿者用コピーを余分にもらえるだけであるし、詩の本に対する前渡金はつつましいものだ。大部分の詩人は、たとえ広く出版されている者でも、教師や記者など他の職業をもっている。」Poets.Org, Writing and Publishing FAQ, http://www.poets.org/page.php/prmID/56 (last visited Feb. 23, 2010).

であろう。[30] しかしながら、ヴィクトリア朝の詩の作品集を一瞥すればすぐわかるように、経済的報奨が得られる見込みが全くないときでさえ、詩を書くという行為は継続して行われていたのである。Matthew Arnoldは視学官として働き自分と家族の生活を支えたし、[31] Gerard Manley Hopkinsはイエズス会の司祭として教区信者に対する職務および教育活動を行う合間に詩作に励んだ。[32] 両者とも、詩作からは、ほとんど収入を得ることがなかった。

最近の多くの研究によれば、一般的に、現代の芸術家は、ヴィクトリア朝の詩人と同程度にしか、創作活動から報酬を得る現実的期待を有していない。著作権の「インセンティヴ」はともかく、彼らの作品創出への献身は愛によってきたるものであり、金銭的約束に反応したものではないと解釈するのが妥当である。そもそも、金銭的約束にめぐりあう見込みなどまずありえないのである。たとえば英国における調査によれば、同国の作家のほとんどは作家業では生活できず、その結果、大部分の者は生活に必要な収入を得るために常にパートタイムやフルタイムで他の仕事に従事しなければならない。[33] この所見はアメリカ合衆国やカナダにおける同様の調査の結果と一致している。

国勢調査に基づく2009年のカナダにおける分析では、同国の典型的な造形芸術家が2005年に作品から得た収入は約8, 000ドルであった。[34] これは

[30] Zimmerman, *supra* note 27.

[31] Stanley Kunitz, *Matthew Arnold: a Biography*, http://www.victorianweb.org/authors/arnold/bio.html (last visited Feb. 23, 2010). Arnold は死の５年前までその仕事を続け、その年に英国首相 William Gladstone から年金を与えられた。*Id.*

[32] Glenn Everett, *Gerard Manley Hopkins, A Brief Biography*, http://www.victorianweb.org/authors/hopkins/hopkins12.html (last visited Feb. 23, 2010). ホプキンズの詩の大部分は彼の死後まで出版されなかった。

[33] この調査によれば、「プロ（professional）」と認定される作家の60パーセントが生活のために他の仕事を必要とし、著述から生み出される収入の半分以上が上位10パーセントの作家に流れる。Press Release, Authors' Licensing and Collecting Society, New Research Confirms UK Writers Still Struggle to Survive (Mar. 8, 2007), *available at* http://www.prnewswire.co.uk/cgi/news/release?id=192513.

[34] Hill Strategies Research, Inc., *A Statistical Profile of Artists in Canada Based on the*

人口50万人以上の都市に住む独身者の貧困レベルを50パーセント以上下回る数字である。[35] 一方、著述家においては、著述からの収入の中間値はそれよりも高かった（25, 000ドル弱）が、[36] この数字はややミスリーディングであって、中間値とされた者の多くは広告会社や教育機関あるいは法人の正社員として分類されており、取扱説明書や宣伝コピーなどの制作に対して給与を支払われていた。[37] 研究者は、この調査の基礎となった国勢調査からは、「芸術的」な仕事に専属的あるいは優先的に従事する著作者を割り出し個別に検討することができなかったため、彼らの経済的収益の本当の状況を見積もることはできなかった。他の研究データによれば、かかる「芸術的」な仕事に従事する者の収入は、研究範囲に含まれるあらゆるタイプの著述家の中間値を超えることはおろか、それに近付くことさえない。[38]

それに加え、カナダにおけるすべての芸術家は、現在の景気低迷によりさらに財政的に苦しく、ただでさえ就職機会が縮小している時期に、より多くの芸術家が「副業」を探さなくてはならない状況にある。[39] しかしながら、自己の創作的成果物によって自活できないということは、ただ単に長引く景気低迷の影響の所産であるとは考えられない。カナダの研究者が見出したところでは、1990年から2005年の間に、全労働力の実態収入が９パーセント増加した[40]のに対し、造形芸術家の平均収入は32パーセント減少し、作家と著述家の平均収入は12パーセント減少していた。[41]

1983年に発表されたKingstonとColeによるアメリカ合衆国における調

2006 Census 11 (2009). この研究は Canada Council for the Arts, the Department of Canadian Heritage and the Ontario Arts Council の支援を得て行われたものである。

[35] 貧困レベルは20, 800ドルとされた。*Id.* at 10.

[36] *Id.* at 11.

[37] *Id.* at 42. ジャーナリストは著述家と作家の調査分類に入っていなかった。

[38] *Id.* at 3（作家という調査分類は小説家や詩人等の同定と「完全には一致」しない、とする）.

[39] Artist Trust, *Artists and the Economy Survey* 2 (2009), *available at* http://www.artisttrust.org/artists_economy_survey. 調査はワシントン州の芸術家を対象とした。

[40] Hill Strategies, *supra* note 34, at 39.

[41] *Id.* at 35.

査研究は「著述業はほとんど経済的収益を生まず、当時の著述に関連する収入の中間値は4,775ドルであった」（これは時給５ドルをやや下回る収入に相当する）[42]と結論している。当時の研究者によれば、調査対象となった人びとの70パーセントはフルタイムで仕事をしているか、なんとか生活を維持するために毎週数時間を副業に費やすかしていた。[43] 配偶者による援助なしには、充分な時間を創作に投入できないことが多い、と研究者は指摘している。[44]

アメリカ合衆国における状況は時を経ても改善しなかった。The National Council on the Artsは1999年から2005年までの期間について合衆国の芸術家の経済状態を調査した。そこで明らかにされたところでは、2003年から2005年の間（完全にあるいは部分的に自営の者に関して）すべての源泉からの個人所得の平均は年間約20,000ドルであった。[45] フルタイムの仕事をもたない著述家は全著述家のほぼ半数にのぼるが、その平均年間所得は22,500ドルであり[46]、同じくフルタイムの仕事をもたない俳優（全俳優の85パーセントにのぼり、著作権の恩恵を受けない人びとの典型である）の平均年間所得は20,700ドルであった[47]。最も低かったのは舞踏家と振付師で、年収の中間値は20,000ドル（この数字は、彼らの約75パーセントを占めるところの自営者やパートタイム従業者のみを見れば16,600ドルに下がる）であった。[48] 現在の景気低迷は、合衆国で創作的な仕事をする人びとの苦境を、カナダにおけるのと同じように悪化させた。2009年の調査では、合衆国の回答者のうち少なくとも半数は、前年の芸術関連収入が落ち

[42] Paul William Kingston & Jonathan R. Cole, *Economic and Social Aspects of the Literary Situation*, 47 PUB. OPINION QUARTERLY 361, 366 (1983).

[43] *Id.* at 370. KingstonとColeによれば、副業を有する者の多くはフルタイムで著述をすることを望んでいたが、すべての者がそう希望していたわけではない。

[44] *Id.* at 383.

[45] National Endowment for the Arts, *Artists in the Workforce 1990-2005* 122 (2008). 収入の数字は2005年のドルによる。

[46] *Id.*

[47] *Id.*

[48] *Id.*

込んだと回答している。[49]

これらの人びとを経済モデルにあてはめる方法は様々ある。オープンソース現象においては、人びとは自分の貢献に対する支払いを自発的に忌避しているが、研究者によっては、このプログラマーたちの行動すら著作権の伝統的な経済的インセンティヴ論にあてはまると主張する。オープンソースの参加者が得ようと実際に希望しているのは、仲間による賞賛や就職機会の改善など、間接的で外在的な恩恵である、というのがその理由である。

しかしながら、貧窮に喘ぐ芸術家を、このようなおなじみの筋書きに押し込むのは困難であろう。もしもここで、人間は最大利潤を合理的に追求する動物であるという前提から出発するならば、創作者がすべての作品から如何なる利潤をも獲得しないことで被るリスクの大きさというものを理解するのは困難である。もちろん、起業家的な行動にはある程度のリスクが必ずつきまとう。しかし、その現実を考慮に入れてもなお、合理的なリスクテイキングには、単に損失を被る覚悟のみならず、成功の可能性を計算するしたたかさも必要である。商取引においては、過度のリスクテイキングをすれば必ず市場によって罰せられることになる。それとは対照的に、本稿で例に挙げるような創作者たちは、目に見える形で報われる見込みが際立って少ない領域で悪戦苦闘し、しかも長い間それをし続けるのである。筆者の知る限り、これほどまでに恐ろしく勝ち目のない賭けは、資産の投資先についての賢明な経済的意思決定であるとはとても言い難い。特に、誰も壁に掛けようとは思わないであろう絵画を描き続けたり、誰も読みたがらないであろう本を書き続けたりすることに必要とされる、創作的で感情的な投資の大きさを考えると、なおさらである。

少なくとも、一部の芸術家が乏しいリターンを求めて長時間懸命に働くことについては、もう一つ経済学的説明が存在する。それは、クジ引き理

[49] Leveraging Investments in Creativity (with Helicon Collaborative and Princeton Survey Research Assocs. Intern'l), *The Artists and the Economic Recession Survey: Selected Findings* 2 (2009), http://www.lincnet.net/sites/all/files/Selected%2520Findings%2520Artists%2520and%2520the%2520Recession%2 520Survey%25202009.pdf (last visited Feb. 23, 2010).

論である。たとえ大部分の文学的、美術的、音楽的作品は社会的に高く評価されないとしても、なかには評価される作品もあるのであり、そのような予期せぬ大当たりを抽き当てるかもしれないという期待が、成功の見込みの薄い賭けであるにもかかわらず、人を創作的活動に駆り立てるというのである。執筆したベストセラーの映画化権が高額で売れたり、振り付けがNew York City Balletのレパートリーに採用されたり、ということである。この説において、著作権は重要な役割を果たす。なぜならば、それは報酬を保証することはできないまでも、はかない希望の果てに伝説の黄金の壷（あるいは少なくとも百万ドルの出版権）を掴めるかもしれないとすべてを賭ける覚悟をもつ人びとの保護に資するからである。[50] しかしながら、仮に、この理論が一部の人びとの動機を正確に記述しているとしても（その最も雄弁な支持者であるF.M. Schererでさえ、この種のリスクへの愛好は、創作的行動のうち僅かな部分しか説明しないという[51]）、この僅かな人びとへのインセンティヴが、本当に我々の現代的で拡張的な著作権の体系を正当化しうるのだろうか。独占的権利というスキームが、未来の創作者や、公衆によるアクセスにもたらすコストの大きさと比較すると、大いに

[50] この議論はSchererがSchumpeterを引用して展開したもので、ほんの少数の人に巨額の懸賞を約束する富くじの事業投資刺激の効果に関するものである。技術革新と金銭について広範に研究したSchererは、医薬品などの領域では実際に「大当たり商品」を見付けるという願望に基づいて投資が行われる、と結論した。長い目で見れば、大当たり商品から得た利益は、投資を回収するだけでなく、それほど成功しなかった医薬品の研究開発費をも償うのである。Schererがそれ以前からの調査に基づいて仮説として立てたのは、文化的な創作活動においてもまた、リスクある「富くじ」は多くの創作者たちに効用があり、ほんの一人か二人だけが名声と経済的成功を手にできるなか、その可能性にすべてを賭けるのだという。そのような大穴は少なくとも何人かの創作者には有効な動機要因であるため、著作権はかかる大穴の約束を与えるよう構築されるべきことを示唆している。F.M. Scherer, *The Innovation Lottery*, *in* EXPANDING THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY (Rochelle Dreyfuss, Diane L. Zimmerman & Harry First eds., 2001).

[51] *Id.* at 19（ほとんどの芸術家にとっては「素晴らしい報酬があるかもしれないという不確実な見込みは、必要なインセンティヴであるというよりも、『あれば有り難いもの』としてのフリンジベネフィットにすぎないかもしれない」とする）.

議論すべき問題であることがわかる。

ここで、より伝統的なインセンティヴの議論に戻ろう。この数十年間、知的財産以外の分野において、心理学や行動経済学の研究者が、経済的要因に基づいた選択を習慣的に行う「合理的な最大利潤の追求者」の存在や、人を衝き動かしその行動を形成する外部的要因（黄金の壷もその一つ）のパワーそのものに対し提起してきた重大な疑義というものが見過ごされてきた。

その研究者たちが代わりに措定するのは、人間の創作性というものは外部的要因よりもまず内部的要因によって動かされている、ということである。[52] この研究はそれにとどまらず、創作活動に対する金銭その他の外部的報奨は、質の高い新しい作品を生み出すべく人をうまく誘導する可能性を、強めるどころか、むしろ逆に弱めてしまう傾向がある、と指摘するに至った。このような文献（今や半世紀以上の歴史をもつ）は増加しつつあり、知的財産の研究において引用されることもあるが、[53] それを体系的に検証したり、あるいはその洞察が知的財産の実務や諸前提の妥当性について明らかにするところを問う試みはほとんど行われてきていない。

前述したとおり、オープンソース現象の発展は、著作権の対象となる創作に献身すべく人を促すものに関する新古典派経済学からのアサンプションを、強く排撃するものとなった。Josh LernerとJean Tiroleが率直に認めたように「経済学者からすれば、オープンソース作業に従事した個々のプログラマーや民間会社の行動は衝撃的である」。[54] しかしながら、この難問についてしばらく考察した後に彼らが最終的に出した結論は、オープンソースの参加者の振る舞いは、将来の外部的利益への期待に基づくという

[52] この点ではSchererも同意し「創作的な活動は、非金銭的な動機に基づいて行われることが多い」とする。*Id.*

[53] *See, e.g.*, Kwall, *supra* note 1; Bradford S. Simon, *Intellectual Property and Traditional Knowledge: A Psychological Approach to Conflicting Claims of Creativity in International Law*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 1613 (2005); Wendy J. Gordon, *Render Copyright unto Caesar: On Taking Incentives Seriously*, 71 U. CHI. L. REV. 75, 89 (2004).

[54] Josh Lerner & Jean Tirole, *Some Simple Economics of Open Source*, 50 J. INDUS. ECON. 197, 198 (2002).

想定に完全に依拠しつつ説明できる、というものであった。彼らは、プログラマー（場合によってはその雇用者）というのは、必要な機能を果たすために共同でバグを取り除きカスタマイズしたソフトウェアから利益を得ることができるかもしれない、という期待に動機付けられるという。[55] また、ソフトウェア開発者は、自身の評価が高まり、長い目で見ればプログラマーの世界でより大きな出世の機会や高い地位を得られることを期待するのかもしれない。[56]

しかし、この現象について研究する者は、長らく待ち望まれかつ何時でも金銭化しうるこれらの外部的報奨が、人びとがオープン・ソフトウェアの開発にここまで多くの時間を費やすことについての、充分な説明になっていると納得したわけではない。Lerner と Tirole によれば、オープン・ソフトウェアの参加者というのは、自分の時間を何に費やすか選択させてもらえることを喜びとし、プロジェクトの成功あるいは失敗についての責任を負うことを好むような人びとであるらしい。一方、オープンソース現象の他の研究者は、このような、心にまつわる内面的な要素に、より明確な重要性を見出している。

たとえば、Eric von Hippel と Georg von Krogh は「学び、楽しみ、ならびに作品を『所有』しコントロールする感覚」が参加するかしないかの非常に重要な決定要素であることを明らかにした。[57] さらに、オープンソースの開発は共同作業として進められることが多いため、参加者は共同体の一員であるという感覚から個人的満足感を得ている場合も多いことが発見された。[58] 結論として、これらは参加を奨励するための単なる付随的要素ではなく「非常に重要な動機付け」であるとした。[59] 喜びや自己決定の感覚に加え、かかるプロジェクトに参加するための他の内在的動機も同時に特定された。たとえば Cahir は、社会全体あるいは自分の友人や同僚への恩返し、という感覚について言及している。[60]

かかる諸要素を選び出すにあたっては、共同的で非独占的な公共財の制作について研究する者のほうが、伝統的な金銭化しうる外部的要因によるものと位置付ける者よりも、より正確な視点をもつといえよう。ここ数十年にわたり、行動経済学者は、現実の人間の行動について、実証よりも理論に基礎を置く経済モデルのほうが予見的価値がはるかに高い、とする考え方に対し、警告を発してきた。[61] 新古典派のモデルの非実証的性格を修正するために、一部の経済学者は心理学の識見を身に付けるよう努力した。創作性および革新的思考が要求される仕事に従事する人びとを動機付けるものは何か、ということなど広く活動や行動を理解するためであった。

動機付けについての心理学的研究は複雑なものであり、それに従事する人びとの間でその結果をどう解釈するかについて必ずしも互いに意見が

---

[55] たとえば Richard Stallman がオープンソースに興味をもったのは、彼がプリンターのプログラムを改善しようとしたとき、そのプログラムの所有者がソースコードを開示しなかったからである。*Id.* at 218. 他の経済学者たちもこのテーマを様々な方法により発展させた。たとえば James Bessen によれば、オープンソース・ソフトウェアのような公共財への貢献は、テストやバグの除去を必要とする高度に複雑な製品を供給するのに最も効率的な方法であると解され、また市場で得ることが困難であるところの、ユーザーが製品をどのように利用しようとしているか、という情報を得るのに効果的であるという。JAMES BESSEN, OPEN SOURCE SOFTWARE: FREE PROVISION OF COMPLEX PUBLIC GOODS IN THE ECONOMICS OF OPEN SOURCE SOFTWARE DEVELOPMENT 3 (Jürgen Betzer & Philipp J. H. Schröder eds., 2006). したがって、参加することによって得る経済的恩恵は、製品に対する財産権を放棄することによる損失を償って余りあるという。*See also* Eric von Hippel & Georg von Krogh, *Open Source Software and the "Private- Collective" Innovation Model*, 14 ORGANIZ. SCI. 209, 214 (2003).

[56] Lerner & Tirole, *supra* note 54, at 218.

[57] von Hippel & von Krogh, *supra* note 55, at 216. For a similar point, see ERIC VON HIPPEL, DEMOCRATIZING INNOVATION 60 (2005).

[58] *Id.*

[59] *Id.*

[60] John Cahir, *The Information Commons* 32-33, (Queen Mary Intellectual Property Working Paper Series, July 2003), *available at* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=428584.

[61] Morris Altman, *Introduction* to HANDBOOK OF CONTEMPORARY BEHAVIORAL ECONOMICS: FOUNDATIONS AND DEVELOPMENTS xv, xv-xvi (Morris Altman ed., 2006); Colin Camerer, *Behavioral Economics: Reunifying Psychology and Economics*, 96 PROC. NATL. ACAD. SCI. USA 10575, 10575 (1999)（「経済学者は決まって―しかも堂々と―心理学からの知見と著しく矛盾するモデルを用いる」）.

一致するわけではない。しかし、多くのもどかしい実験によって強調されるのは、創作活動の動機の内在的源泉が根本的に重要であるということだけでなく、創作的・革新的な活動は、金銭的であろうとなかろうと明確な報奨の約束と密接に結び付けられると、弊害を起こす可能性があるということである。ある意味において、心理学者による動機付けに関する理解の展開は、行動経済学者による新古典派経済学の観念に支配された分野に導入しようとしている理解の展開と、驚くほどパラレルな思考方法の転換を示している。

20世紀の中頃、B.F. Skinnerら心理学者は、人間の行動は大きく外部からの強化（専門用語によればオペラント条件付け）に依存すると主張した。報奨を受けた行動は永続するであろうが、報奨を受けない行動からはやる気が失われ最終的には放棄されてしまう、と信じられていたのである。かくしてSkinnerの行為者が創作や問題解決を行う場合には、合理的な最大利潤追求者と同様、全面的あるいはまず第一義的に、外部的動機あるいは強化に対する反応として、これを行うというのである。

しかしながら、人間の動機付けに関する様々な理論が広まると、そこには異なる地平が出現した。[62] Abraham Maslowなどが最も注目されるべきであろう。彼は、機械的な行動主義モデルの識見よりもむしろ精神医学の識見を信頼した。動機付けの源泉を内在的なものとして改めて概念化するために、彼はこれを本能的なニーズを満たすための個人的ニーズから生ずるものとした。彼の主張によれば、人は第一にその生理学的なニーズや安全確保のニーズによって動機付けられ、次に愛や連帯や尊敬のニーズ、そして最後に自己実現のニーズによって動機付けられる。[63] Maslowは、自身の研究に基づいて、創作性というのは個人の外部にある動機要因により誘発された反応というよりも、むしろ自己実現の一側面である、とした。[64] 彼の議論によれば、人が芸術を創作するのは、その体内に、自己自身を表現

62 ある有力な研究者によれば、1970年代までにはSkinnerモデルについて大きく疑問が呈され始めていた。TERESA AMABILE, CREATIVITY IN CONTEXT: UPDATE TO THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF CREATIVITY 153 (1996).

63 ABRAHAM H. MASLOW, MOTIVATION AND PERSONALITY 15-31 (2d ed. 1970).

64 *Id.* at 142.

したいという欲求と、他者に思想や感動や着想を伝えたいという欲求とが組み込まれているからである。[65] Maslowは創作性について「万人に共通する人間の本性の根本的特性であると思われる」と語る。残念ながら、我々の大部分は時が経つにつれてそれをなくしてしまうのだが。[66] 経済学者Everett Hagenもまた生まれもった衝迫の働きとしての創作性について語っている。彼の主張によれば、人は、問題解決をすることや、生まれもった「達成の義務」感などから感じる喜びによって、創作を行うべく駆り立てられているのである。[67]

革新的行動研究におけるもう一人の重要人物であるMihaly Csikszentmihalyiは、この現象について研究するにあたり、徹底的な面接の技法を用いた。彼もまた、創作的な人びとは「強力な召命」により行動すると結論している。[68] 彼は次のように書く。

「創作的な人びとは様々な面でみな互いに異なっているが、ある一つのことにおいて一致している。彼らはみな、自分たちのすることを愛しているということである。彼らを動かしているのは、名声を得たり金を儲けたりする望みではなく、やっていて楽しい仕事をやることができるという幸運なのである。」[69]

彼の調査対象となった人びとは、もしも、やりたいことをすることと、金が儲かることをすることの間で二者択一を迫られたならば、前者つまり創作的追求のほうを選択すると、みな一致して答えている。[70] 同じような文

65 *Id.* at 69-70. 彼は、興味深いことに、自身の研究が音楽・文学・科学・その他の創作の努力における真の「天才」の根源を説明するとは主張していないが、他方で、まれに見るほど創作的な人びとが示す特性は生まれもったものだと信じているようである。*Id.* at 142.

66 *Id.*

67 HAGEN, *supra* note 23, at 93.

68 MIHALY CSIKSZENTMIHALYI, CREATIVITY: FLOW AND THE PSYCHOLOGY OF DISCOVERY AND INNOVATION 37 (1996).

69 *Id.* at 107.

70 *Id.* Csikszentmihalyiによる発見は、Tushnet, *supra* note 26に登場する例において再

脈で、ハイテク産業におけるソフトウェア設計者について行われた調査では、回答者にとっての最大の関心事は仕事の本質的なやり甲斐と責任の重さであった。仕事に対する基礎給与の水準は、重要度において第４位にすぎず、ストックオプションのような追加報酬に至ってはほとんど重要性をもたなかった。[71]

イノベーションや創作性についての研究者による成果は、それが正確なものであれば、著作権による経済的インセンティヴは新しい作品の創出を促すため重要であるという考えに疑問を呈するものとなる。これは、金銭のために創作する者はいないという意味ではない。ある種の作品は、投資に対して大きなリターンを生むであろうという期待のみによって作成されるであろう。筆者の友人の一人は駆け出しの女優であったが、仕事に恵まれない時期には、生活費を稼ぐために「粗悪品」であるいかがわしいロマン小説を書いていた、と正直に告白した。ある種の複合情報作品（たとえば映画など）はその制作に（金銭的に）多くの費用がかかるので、その制作に取りかかるか否かという初期の決定に際しては、確かな市場の存在とそこからもたらされる収入の見通しの有無が大きく立ちはだかるだろう。さらに、主として内在的な動機によって創作する者でさえ、金銭には全く無関心であるといえば不正確であろう。Csikszentmihalyiが指摘するように、「金銭は人を心配や骨折り仕事から解放し、本物の仕事をするための時間を生み出す。さらに金銭は機会向上の余地も拡大する。金銭があれば必要な材料を買ったり、必要な助力を雇ったり、教えを得られる人に会うために旅行したりすることができる」。[72]

現されている。

[71] RICHARD FLORIDA, THE RISE OF THE CREATIVE CLASS 89 (2002). Floridaによれば、回答者のうちストックオプションの可能性を重要な動機要因とした者は10パーセントに満たなかった。*Id.* 同じような結果が、大学の音楽教授が研究や出版に従事する動機を調べる研究によっても得られている。アンケート調査に対する回答は、そのような仕事への最も重要な動機要因は知的好奇心の満足と研究過程を楽しむことだというものであった。給与の増額や業績評価などの外的な報奨ははるかに重要度が低かった。Albert LeBlanc & Jan McCrary, *Motivation and Perceived Rewards for Research by Music Faculty*, 38 J. RESEARCH MUSIC EDUC. 61, 64-66 (1990).

[72] CSIKSZENTMIHALYI, *supra* note 68, at 334-35.

著作権は、著作者に対し、その経済的安定を確保し、可能な限り最良の作品を制作するための材料を入手するニーズを満たすのに唯一の方法ではないし、おそらく最も効果的な方法ですらないであろう。たとえば、パトロン制度、奨学制度、給費制度、定期給与などの形態から、創作性のためにより良い環境が生まれるかもしれない。最近、経済学者でノーベル賞受賞者のJoseph Stiglitzは、特許制度の領域におけるこの種の創作性について論議している。彼によれば、重要な研究の大多数は大学や政府研究機関から生まれているが、そこの研究者は、給与あるいは前払いによる支援を研究助成金などから得ており、特許制度に依存的なセクターから得ているのではない。[73] 彼の論ずるところによれば、大学の研究者が欲するのは、関心を引く問題を探求し、知識を分かち合い、「知的な討論を形成する」自由である。[74] 研究者に給与を支払うということは、彼らを財政的リスクと不明確な特許制度から救い出すことであり、特定の成果や発見とは結び付きがより少ない方法によって大きな保証を与えるものである。

しかしながら、心理学が創作性の理解にもたらした最も驚くべき貢献は、創作的人間が愛に動機付けられて行動し、金の心配という無用のニーズなしに心の赴くままに仕事をするとき、最も優れたパフォーマンスを見せるであろうという洞察をもたらしたことではなく、むしろ、創作的活動に従事する意志および制作された物の質は、その活動に対する明らかな金銭的報奨の約束によって向上するどころか、現実にはむしろ阻害されることがありうる、という洞察をもたらしたことである。このように示唆する研究は増加傾向にある。[75] この研究から導かれる結論は依然検証を要し、[76] そ

[73] Joseph E. Stiglitz, *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, 57 DUKE L.J. 1693, 1697 (2008). 創作を支える著作権によらない経済モデルについての興味深い議論として、see Mark S. Nadel, *How Current Copyright Law Discourages Creative Output: The Overlooked Impact of Marketing*, 19 BERKELEY TECH. L.J. 785 (2004).

[74] Stiglitz, *supra* note 73, at 1695.

[75] 本稿の焦点は個人の創作性にあり、流通コストや特殊な（たとえば長編映画などの）製作コストは考慮に入れていない。かかる作品の制作資金を集めるためには、著作権によるインセンティヴが唯一の現実的方法であるかもしれないが、Yochai Benklerによる研究が示唆しているように、その場合でさえ、金銭的利益をあまり強調すると作品の仕上がりに否定的影響を及ぼしかねない。*See, e.g.*, Yochai Benkler,

の研究は複雑で解釈が困難であるものの、[77] 今では充分に数も増え、多くの経済学者を含む広範な社会科学者によって真剣に取り上げられるほど充分に説得力あるものとなっている。

これらの研究の多くは、仕事場における良い成果につながる動機要因に焦点を合わせているため、それを外挿法的に著作権の世界にもってくることは困難である。[78] しかしながら、組織体の給与水準は生産性と相関関係をもち、また、報酬の増加がより高レベルの成果物につながる、とする仮説を検証する試みからは、実際の結果がこの伝統的な予測とは頻繁に食い違っていることがわかる。たとえば、最近の文献によれば、ある研究者チームが、まずインドの農業地域の町民に対し、次いでMITとシカゴ大学の学生に対し、記憶と問題解決と創作性に関わる様々な作業をテストする一連の実験を行った。[79] その調査結果によって示唆されたのは、身体的努力

Intellectual Property and the Organization of Information Production, 22 INT'L REV. L. & ECON. 81, 91 (2002).

[76] 外部的な報奨が創作に悪影響を及ぼすとする説に対する批判的検討として、see, *e.g.*, Judy Cameron & W. David Pierce, *Reinforcement, Reward and Intrinsic Motivation: A Meta-Analysis*, 64 REV. EDUC. RESEARCH 363 (1994) （過去の研究を再分析し、金銭的報奨は仕事の善し悪しと結び付かない場合にのみ悪影響を及ぼすと結論付けた）; Robert Eisenberger & Judy Cameron, *Detrimental Effects of Reward: Reality or Myth?*, 51 AM. PSYCHOLOGIST 1153 (1996) （報奨が創作性に悪影響を与えるという説そのものを否定する）.

[77] これらの研究とその解釈についての素晴らしいまとめとして、see Beth A. Hennessey, *Self-Determination Theory and the Social Psychology of Creativity*, 11 PSYCHOLOGICAL INQUIRY 293 (2000).

[78] たとえばTeresa M. Amabile, *Entrepreneurial Creativity Through Motivational Synergy*, 31 J. CREATIVE BEHAVIOR 18 (1994) （起業家精神について検討する）; George P. Baker, Michael C. Jensen & Kevin T. Murphy, *Compensation and Incentives: Practice vs. Theory*, 43 J. FINANCE 593 (1988) （報酬の支払いの方法が、心理学者と経済学者のどちらによるモデルによりよくあてはまるかを検討する）; Ignacio Falgueras Sorauren, *Non-Monetary Incentives: Do People Work Only for Money?*, 10 BUS. ETHICS QUARTERLY 925 (2000) （企業内における動機について検討する）.

[79] Dan Ariely, Uri Gneezy, George Loewenstein & Nina Mazar, *Large Stakes and Big Mistakes*, 76 REV. ECON. STUD. 451 (2008).

よりも認知的努力を要する状況において[80]「より大きな金銭的インセンティヴがより悪い成果をもたらす」ということである。[81] この結果があまりに衝撃的であったので、研究者の一人は、巨額のボーナスや給与を受け取る金融や銀行業界の人びとがまさに2008年の経済崩壊を招いた人びとであったという事実とこの調査との間に何らかの関係があるのではないかと推測するに至った。[82]

なぜ報奨がパフォーマンスに対し有害となりうるかについての一つの説明は、いわゆる自己決定理論の中に見出される。Maslowらの洞察に基づいて、Edward DeciやRichard RyanやTeresa Amabileのような研究者が実証的研究と面接調査を行い、創作性の増進と内部的要因との結び付きを明らかにした。内部的要因とは、たとえば、調査対象者が自らの好奇心を自由に追求することができ、自らが遂行すべく選択した課題への取り組みを自由に構築することができる、というようなものである。外部的で物質的な報奨を、それが人をコントロールするものとして感じられるような形で動機要因として提示されたときには、特定の課題に対する個人のパフォーマンスの質は低下すると見られる。[83] 興味深いことに、外部的動機要因の意欲阻害効果は、取り組んでいる課題が、想像力や問題解決のための革新的アプローチを要求するものであるような場合に最大となる。これとは対照的に、金銭その他の外部的報奨は、定型的かつ単調な仕事のパフォーマンスを引き上げるためのニンジンとしてぶら下げられる場合には効果的である。研究者によっては、物質的な報奨が単調な仕事の成果の質の低下をもたらさないのは「そもそも阻害される意欲がほとんどあるいは全く存在しない」からであるとする。[84] 外在的報奨がこのような状況下において

[80] *Id.* at 464.

[81] *Id.* at 467.

[82] DAN ARIELY, PREDICTABLY IRRATIONAL 323 (2009).

[83] EDWARD L. DECI & RICHARD M. RYAN, INTRINSIC MOTIVATION AND SELF-DETERMINATION IN HUMAN BEHAVIOR 66, 149, 310 (1985).

[84] Edward L. Deci, Richard Koestner & Richard M. Ryan, *Extrinsic Rewards and Intrinsic Motivation in Education: Reconsidered Once Again*, 71 REV. EDUC. RESEARCH 1, 14 (2001). *Cf.* TERESA M. AMABILE, CREATIVITY IN CONTEXT: UPDATE TO THE SOCIAL PSY-

は効果的な動機要因として働くというのは、放っておけばその仕事をなおざりな方法でしか行わないような人に、より真剣に行うよう促すからである。[85] さらに、本稿の目的にとって重要な見解は、調査対象者が、たとえば画一的な創作性テストを受ける場合よりも、心から関心をもてるような創作的課題に取り組む場合のほうが、外在的報奨がパフォーマンスに与える悪影響の度合いが強い、というものである。[86]

この分野における代表的研究者であるEdward DeciとRichard Ryanは、小学校から大学までの生徒・学生の学習に対する現金支払いを含む、様々な外部的動機要因の効果[87]を研究することから始めた。いくつかの研究では、生徒たちに一連の教材を与え、そのうち半数の生徒には、あとで試験があり学習程度に応じて成績を付けると告げた。[88] 研究者が発見したのは、試験を受けさせられると予期しなかった生徒のほうが「試験のために学んだ生徒よりも、題材について顕著に高い概念的理解」[89]を示しただけでなく、より長い期間にわたりよりそれを保つ傾向があった。[90] 数十年にわたって内部的および外部的動機要因の効果を検証してきた彼自身や他者による研究を振り返り、Deciは次のように結論した。「内部的動機付けは、外部からのコントロールと比較して、より豊富な経験、より良い概念的理解、より大きな創作性、より改善した問題解決法、などに結び付いている。」[91]

著作物（芸術家による作品）の創作性についての最も示唆に富んだ研究

CHOLOGY OF CREATIVITY 133 (1996)（外部的な評価は、解決への道が「明らかで真っすぐである」場合には、悪影響を及ぼさない）.

[85] Deci, Koestner & Ryan, *supra* note 84 at 14.

[86] AMABILE, *supra* note 84, at 161（「（報酬による）パフォーマンスの強化は、初期に内圧的興味が低かった場合に起きる」）.

[87] 金銭を明らかな報酬として用いた実験についての議論はsee DECI & RYAN, *supra* note 83, at 44-49.

[88] 大学生を使った研究においては、後者のグループに対して、学んだことを他の学生に教える機会があるだろうと告げられた。EDWARD L. DECI (WITH RICHARD FLAST), WHY WE DO WHAT WE DO: THE DYNAMICS OF PERSONAL AUTONOMY 47-48 (1995).

[89] *Id.* at 47.

[90] *Id.* at 48.

[91] *Id.* at 51.

の一つとしてAmabileのものがある。彼女は、物質的・財産的報奨を提供する研究に加えて、さきほどの生徒に対する試験を金銭報奨の約束に置き換えたいくつかの研究を行った。[92] その一つでは、95人の女性（美術家ではないスタンフォード大学の学生）がコラージュ作品を作るよう求められた。彼女らはグループ分けされ、統制された1グループ以外のグループは、各グループそれぞれ、技術的な観点から、もしくは、創作性の観点から、作品が審査されると告げられた。ここで、創作性の審査を予期したグループは、統制されたグループよりも、はるかに劣るパフォーマンスを示した。[93] また、創作性の審査を予期したグループは、コラージュを作るという課題について、他のグループよりも面白くないと感じた度合いが高いことがわかった。[94]

もう一つの実験では、ブランダイス大学の学生にアメリカの創作俳句を書くよう求めた。実習の目的は、書道の評価を行うためであると告げられた。しかし、一つのグループには書道だけの評価が行われると告げたのに対し、もう一つのグループには書道と俳句の内容の両方の評価が行われると告げられた。審査員たちは、どの学生がどのグループに属するか知らされずに俳句を渡されたが、彼らによれば、俳句の内容の評価については告げられず書道の評価のみを予期していた学生の俳句のほうが、内容の評価を予期していた学生の俳句よりも、かなり創作的であった。後者のグルー

[92] Amabileは評価がなされるという見込みが作品創出に及ぼす影響について逸話的な例を挙げている。それによると、詩人Ann Sextonは彼女の師であるRobert Lowellが「あと10編、本当に良い詩」を書くよう指示したとき、一時的にではあるが全く書けなくなってしまった。AMABILE, *supra* note 84, at 9.

[93] Amabileは次のような測定の技法を開発した。まず内部的に動機付けられた調査対象者と外在的に動機付けられた調査対象者の創作的な作品を混ぜ合わせ、それを専門家のパネルに渡し評価してもらう。専門家には各作品に表れた創作性と技術性を等級付けるよう依頼する。そしてこの評価結果は作品を作ったグループごとに再分類され、専門家の採点に基づいて各グループの平均成績が計算される。この測定技法についてはTeresa M. Amabile, *Motivation and Creativity: Effects of Motivational Orientation on Creative Writers*, 48 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 393 (1985).

[94] AMABILE, *supra* note 84, at 135-41. ブランダイス大学の学生に対して行った同じ調査においても、似た結果が出た。*Id.* at 142-43.

プにとって、この課題は、楽しみというよりまるで仕事のように思えてしまったのだ。[95] これは注目すべき見解である。なぜならば、創作的な作品創出に最も有効なのは、その活動が単なる日常雑務ではなく、人を熱中させ楽しませるものとしての感覚であることを示すからである。

外部的動機要因と創作性との関係を理解するためのもう一つの取り組みとして、Amabileとその同僚たちは、美術家に対し、委託によって制作した作品と委託によらずに制作した作品とを無差別抽出で提出するよう依頼した。そして再び、作品がどちらの範疇に属するか知らされていない専門家のパネルによる審査が行われた。専門家は委託制作による作品は全般的に委託によらない作品よりも創作性において劣ると評価した。それに加え、委託制作の作品の創作性は、美術家たちが別途報告していた、個々の委託によって束縛され制御されていると感じた度合いと逆に相関していた。[96]

Amabileは、外部的動機要因は眼前の仕事とのかかわり合いを弱める傾向があり、その結果として作品の創作性を損ね、悪影響を及ぼすのではないかという。[97] このようなことがなぜ起こるのかを解く鍵は、外部からの力によってコントロールされているという人間の感覚にあると考えられる。報奨への期待が創作的人間の自己制御と自律性の感覚を浸食するとき、また、集中力が、課題への内部的関心から作品の結末についての懸念へとシフトされるとき、創作性というものは失われてしまうであろうことを、この研究は示唆している。[98] 簡潔にいえば、金銭を稼ぐために働くことは、心の底から夢中になれることを愛するから働くということとは、質的に異なるのであろう。DeciとRyanによれば、パフォーマンスに付随する報奨は特別で極めて有害な邪魔者である。なぜなら「創作活動が目的そのものではなく、何らかの目的のための手段になってしまう」[99]からである。作家Stephen Kingが創作的営みのさなかに金銭について考えることを「便秘になる」と表現しているのも不思議ではない。[100]

しかしAmabileの研究は、創作的課題に対するパフォーマンスの質と外部的報奨との関係が画一的ではないことをも示している。反応の差異は才能の差異によるものであるかもしれない。彼女の研究によれば、作品が完成後審査されると告げられたとき、生まれもった才能が比較的乏しい者については、作品の出来映えが現実に向上した。それと対照的に、調査の始まりの時点でスキルが高いと評価された者のパフォーマンスは低下した。[101] また、報奨そのものは創作性に悪影響を及ぼさないとしている。したがって、課題の完遂後与えられる予期せぬボーナスは、パフォーマンスに対するインセンティヴにならないにしても、それに悪影響を与えるものでもない。[102] 問題と考えられるのは、パフォーマンスの最中に明らかに存在する報奨なのである。

要点をまとめると次のようになろう。すなわち、著作権が最もインセンティヴを与えたいと望む種類の創作性については、法律による道具立てがいくらか有効ではあろうが、その程度は通常推測されているよりはるかに低いといえそうである。真に創作的な人間は、問題を解決し芸術を創出するという内的な衝動に反応しているのであって、これを利潤に結び付けることによってその努力が増すとは考えにくい。その上、経済的報奨の約束を明らかにすることで、著作権の体系は、まさにその論者たちが最も欲するところのものを壊してしまう可能性があるということが疑われる。

さて、それでは一体どうすればよいだろうか？その昔Ronald Coaseが、政府は放送免許を割り当てているが、割り当てるよりもむしろ競売に出すべきであったと主張したとき、Harry Kalvenはこれを「あまりに根本的すぎて採用できない見解」[103]と評したことがあったが、筆者はそのような見

---

[95] *Id.* at 144-45.

[96] *Id.* at 175.

[97] *Id.* at 176.

[98] DECI, *supra* note 88, at 142.

[99] DECI & RYAN, *supra* note 83, at 49.

[100] AMABILE, *supra* note 84, at 174 (quoting from STEPHEN KING, FOUR PAST MIDNIGHT xv (1990)).

[101] *Id.* at 151.

[102] Deci, Koestner & Ryan, *supra* note 84, at 7, 10. 明らかな報奨のうちの一つ、言葉で褒めるというものについては、状況によってその効果が様々に変動するようである。*Id.* at 9.

[103] Harry Kalven, *Broadcasting, Public Policy and the First Amendment*, 10 J.L. & ECON.

解をここで述べるつもりはない。たとえ全く別の体系のほうが創作者にとって効果的かつ社会的コストが低いことが判明したとしても、我々が著作権を放棄して、これを別の体系に置き換えるということをしないのは明らかである。ルネッサンス期のフィレンツェではあるまいし、メディチ家が待ち構えていて給費をあげるからと約束して若い芸術家をアトリエに誘い込み、貧窮から救い出し、赴くままに想像力を追求することを許してくれるような時代ではない。現実的に考えれば、我々は情報財をコモディティとして扱うのであるから、その作成者のうち（全員ではないにしても）多くの者は、彼らの作成したコモディティが、彼ら自身の懐には（たとえ給与を得ていたとしても）利益をもたらさないのに、他の誰かの懐には利益をもたらす、というようなことになれば、やはりある程度は士気を殺がれることになろう。[104]

さらに、制作と伝播には（インターネットの出現により普遍的ではないが劇的な変化が起きているとはいえ）多額の費用がかかる以上、芸術家以外の当事者は、創作の費用を回収し多少の利潤を得る手段としての独占的権利を、一定期間享受する必要がある。はたして、その目的を達成するために著作者の死後70年という期間が必要か否かは、エルドレッド事件における論議が示すとおり、明らかに検討の余地があるところである。一方で、死後70年という保護期間（およびベルヌ条約における死後50年以上とする最低保護期間）は今や我々の法体系に深く埋め込まれていて、近い将来これが撤廃される見込みはない。我々は、インセンティヴの物語の結末にあまりにもとらわれすぎてしまい、その物語がもはや厳密な検証に堪えない

15, 30 (1967).

[104] この、士気を殺がれるという議論はよくなされるが、その実証的根拠は明確ではない。しかしながら、以下のことは次第に明確になってきているのではないか。すなわち、人は「公正さ」について何らかの内的な羅針盤を有しており、ある「取引」を不公正なものと感じると、たとえその結果が彼らの経済的利益を増すものであっても、その取引からは手を引き、利潤を得ないで済ますことがある。see, e.g., Robert A. Hillman, *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal analysis: The Case of Liquidated Damages*, 85 CORNELL L. REV. 717, 724-25 (2000); Jennifer Arlen, *Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law*, 51 VAND. L. REV. 1765, 1775-76 (1998).

にもかかわらず、どうしてもそこから逃れられることができない、ということなのだろうか？

残念ながら、ある程度そうであるといえよう。しかしながら、インセンティヴの物語に対する懐疑主義は、たとえ限界的にしか適用されないものであったとしても、著作権の過剰な部分に対する解毒剤としては有効である。一つには、著作権の保護期間をさらに延長しようとする試みは、現在の保護期間ですら学説が正当化できないとなれば、真に馬鹿げたものとなる。もう一つには、独占的権利のシステムは神聖不可侵であるという信仰に忠実であることは困難となる。なぜならば、あるポイントをすぎれば、これはもはやインセンティヴとしてではなく、せいぜいレントシーキングに使われるにすぎないことが、証拠によりあまりに強く示唆されているからである。

このように、インセンティヴに対する懐疑主義は様々な可能性を秘めているかもしれない。たとえば、著作権者不明の著作物の問題については、著作者へのインセンティヴを全く損ねることなしにその解決策を策定することができる、と主張するのに役立つであろう。著作者は、たとえ、ある著作物の著作者あるいはその権利継承者が特定できない場合においても、当該著作物の利用をコントロールする独占的権利を保証されるという仕組がなくとも、相変わらず、ものを書き、絵を描き、写真を撮り、教科書やソフトウェアを作り続けるに違いないのである。それに加え、インセンティヴに対する適度の懐疑主義は、現在進行中のグーグルブックスの和解のような、制定法の枠外における解決方法につき、その妥当性の認識を強めさせるであろう。さらに、たとえばデジタル保存プロジェクトなどの公的に望ましい活動に対する著作権法の適用除外は、それによって著作者の創作意欲が阻害される可能性が低いといったん認識されれば、明示的合意がなくともこれを前進させることができるが、そのような主張に信憑性を与えるものとして機能しうるであろう。

そして、現行著作権法の制約の下においてさえも、インセンティヴ論の不確実で疑わしい本質を理解すれば、裁判所がフェアユースの範囲を決定したり、原著作物のアイディアを許容範囲内で使用したにすぎない著作物と、通常の二次的著作物との間の境界線を決定したりする際に、より柔軟に動くことができるようになるであろう。フェアユースについては、もし

も裁判所が著作者へのインセンティヴを保存すべきことを強いられなくなれば、著作権者が本当に興味をもっているとはとても思えないような「将来の」市場を被告が奪ったかどうかというような刺々しい事案についても、これを解決しやすくなるだろう。そして、創作者というのは絞り出せる経済的利益をすべて絞り出すことができなければ創作意欲をなくす人びとであるためすべてのスピンオフ作品に至るまで創作者自身がコントロールしなければならない、という思い込みに裁判官がとらわれなければ、様々な非商業的利用について、これを侵害とする理由が大幅に減るに違いない。[105]

また、この一世紀半にわたり「派生的」な著作物という概念が、事実上のゼロから急激に加速したのは明白である。しかしながら、およそ表現と呼べるものすべてに著作者の経済的権利を保証しなければならないという考えから少し離れてみれば、原著作物の著作者によるコントロールが、原著作物に極めて似通った著作物にしか及ばず、原著作物とは充分に異なった著作物には及ばない、ということの検証が可能になるかもしれない。小説家は、その小説を参考にしたことが明らかな筋書きと登場人物による（単に本を他メディアに変換する意図による）映画制作をライセンスする独占的権利を有するかもしれないが、しかし、単に登場人物といった要素のみを借りてこれを全く新しい物語に利用したり、あるいは筋書きを借りるもののこれに異なる力点と意味を与えたりするような、第二のユーザーには、この独占権を主張することはできないであろう。インセンティヴを保存することにあまり熱心にこだわらない裁判所は、造形美術分野における紛争を、より寛大に解決できる自由を感じるかもしれない。そのとき裁

[105] この考えは他の研究者たちによっても援用されてきたが、それぞれ、やや異なる前提や文脈においてであった。Lydia Lorenは、著作権のインセンティヴがなくても創作されたであろうような作品に関しては、より広範囲にフェアユースが認められるべきである、と主張する。Lydia Loren, *The Pope's Copyright? Aligning Incentives with Reality by Using Creative Motivation to Shape Copyright Protection*, 69 La. L. Rev. 1, 38- 39 (2008). Rebecca Tushnetは、金銭をインセンティヴとせずに創作する者が他の作品を利用する場合には、より寛容にフェアユースが認められるべきであると主張する。Tushnet, *supra* note 18, at 543.

判所は、伝統的で容赦ない「ルック・アンド・フィール」テストを捻くりまわして適用するのではなく、一人の芸術家が他の芸術家から拝借するという長きにわたる伝統のほうをより良く適用することができると感じるのではないだろうか。

さらに、創作への真のインセンティヴを理解することは、補助金への投資の促進や、氏名表示権のより良い保護につながるかもしれない。一方で、どんどん延長されてゆく長い期間にわたって、コントロールや金を増していくのは、創作の世界における現実とはかけ離れたことのように思われる。しかし、そう考える一方で、ただ単に金儲けのためだけに、あるいは金儲けを主たる目的として、制作される作品もあるということにも同意はする。前述したように、ハリウッド作品の多くはこの範疇に属しているように思われるし、また他にも、大衆が心から価値を認め欲するような類の作品は、作者の内側からの動機のみに基づいては出現しないであろう。しかし、もしも著作権というものが、創作性を増進するためのインセンティヴではなく、投資回収可能な作品の制作に投資をするためのインセンティヴであるならば、著作権のシステムを通じて著作者に適正な補償を提供する方法を評価するにあたって、我々ははるかに非感傷的かつ少々ケチ臭くなることができる。もしも著作権が、公共財を作成する当事者に対して、消費財を生産する企業（たとえば部品工場など）と同じように、コストを回収し利潤を得る機会を与えることのみを試みているのであれば、そのような目標を達成するために、保護された作品から生ずるすべての経済的価値あるスピンオフを自動的に著作権者の財産として扱う必要はない。まして、一世紀以上にわたって、作品の利用から生ずるありとあらゆる小さな利潤のすべてが著作権によって保護されることなど、要求されるべくもない。

まとめるならば、たとえ我々は著作権の体系全体を作り替えるわけではないにしても、著作権理論が妥当に正当化しうる以上の権利の強制を受けている状況から脱却することは可能である。また、一般的な公共の利益に譲歩すべきであるという考え方に関しては、著作権の保護を制限すると著作者の創作意欲が妨げられるかどうかという難問にとらわれなければ、これをより肯定的に捉えることができるようになるであろう。急進的な識見が価値をもつためには、急進的変化が必ずしも必要なわけではなく、単に、著作者の創作性と経済的利益とが永遠の抱擁によって結ばれているとい

う間違った認識にあまりにも長く拘泥してきた思考態度をやわらげるだけでもだいぶ違ってくるのである。

［訳者付記］

本稿は、Diane Leenheer Zimmerman, *Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?*, Theoretical Inquiries in Law Vol. 12, No. 1, 29 (2011) の翻訳である。

翻訳の許諾を下さった Diane Leenheer Zimmerman 教授に、感謝申し上げる。